

刑法における外国法適用の諸形態

愛 知 正 博

目 次

- 一 はじめに
- 二 序論的考察
- 三 刑法管轄権型の外国法適用
- 四 該当性判定型の外国法適用
- 五 おわりに

一 はじめに

今日、わが国をめぐって、さまざまな形の涉外性を伴う犯罪が多発するようになった。従来より、わが国でも、在日韓国人・在日中国人などが絡む犯罪などはあった。⁽¹⁾しかし、最近では、国際交流の活発化に伴い、さらに、広く外国人が日本へ来て犯罪を犯すケース、逆に、日本人が海外で犯罪を犯すケースなども増加している。⁽²⁾外国企業などと

九八三年）四七九頁、森下忠「犯罪の国際化と法律上の今後の課題」法律のひろば三七巻七号（一九八四年）四〇頁、岡田薫「国際犯罪捜査と国際捜査協力」警察学論集三八巻五号（一九八五年）一一一頁以下など参照。なお、稲村博・日本人の海外不適応（一九八〇年）二八―三五頁、松田昇「国際犯罪の現況と捜査段階における証拠収集上の諸問題」法律のひろば三二巻一一号（一九七九年）一六―一九頁、松浦恂「外国における犯罪と刑法の適用」法律のひろば三二巻一一号（一九七九年）三八頁、村山弘義「外国人と犯罪」現代刑罰法大系四巻（一九八二年）三二三頁、三二七―三二九頁参照。

(3) ロッキード事件、IBM事件といった著名事件のほか、最近のものとして最決昭58・10・26刑集三七―八―一二二八。

(4) H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl, 1978, S. 129. 拙稿「日本法人からアメリカ法人へ売却された船舶を公海上で沈没させる行為と刑法一条二項」ジュリスト八〇―一―号（一九八三年）一二二頁参照。

(5) この問題を扱った最近の文献として、芝原邦爾「国際犯罪と刑法」現代刑法講座五巻（一九八二年）三一四―三一五頁。

(6) その象徴的なでき事の一つは、日本刑法学会第五九回大会（一九八二年四月）における共同研究のテーマとして、「国際刑事法の諸問題」が取り上げられたことである（刑法雑誌二五巻三・四号（一九八三年）四五三―五三五頁参照）。なお、古田佑紀「刑事司法における国際協力」現代刑罰法大系一巻（一九八四年）三五五頁以下参照。

二 序論的考察

一 刑法において、涉外犯罪処罰に際し、外国法の適用ということを考える場合、その適用のしかたとしては、大きく分けて二つの形態が考えられよう。⁽⁷⁾

① ひとつは、処罰という刑法的関係それ自体——いわゆる刑法的問題⁽⁸⁾ (strafrechtliche Frage)——を直接的に規律する刑罰法規 (strafrechtliche Rechtssätze) として、わが刑法ではなく、あるいはそれと並べて、外国刑法を場所的に適用する形態（以下、かりに「刑法管轄権型」の適用という）である。⁽⁹⁾ たとえば、社用で外国に駐在している日本人が現地の従業員の名誉を毀損した場合、帰国後わが国でその処罰が問題となるとしても（刑法三条一二号参照）、わが刑法ではなく現地の刑法によって罰するようなことにする場合である。わが現行刑法は、こうした外国

刑法の適用を認めていないが（一—四条参照）、立法論としてはその適用も十分考えられる。

② いまひとつは、右の刑法的問題につきわが刑法を——単独でにせよ、外国刑法とともににせよ——適用する場合などに、そこに定められている個々の要件ないし要素への該当性の有無を判断するにあたって、外国法（通例、私法や行政法）を場所的に適用する形態（以下、かりに「該当性判定型」の適用という）である。^⑩ わが刑法におけるそうした要件の具体的内容を明確にしたり、あるいは一定の法律的事実の存否を明らかにするために、いわば付随的問題（*Incidentfrage*）について、外国法を適用するわけである。たとえば、海外駐在員たる日本人が現地の人に特定物たる動産を売却したが、まだ現実に引渡をせず占有保管中に一時帰国し、ほしいままに別の日本人に二重売買したとする。その場合に、わが刑法を適用して（刑法一条一項）、横領罪（刑法二五二条）に問擬しようとする^⑪と、当の動産がそこにいう「他人の物」にあたるかどうか問題となる。該当性判定型の外国法適用というのは、これにつき、現地の民法（物権法）^⑫を適用し、それに基づいて判断するような場合である。

こうした付随的問題における法適用については、現行刑法は特別な規定を有していない。ことは、解釈に委ねられているといえる。ただ、この種の法適用についても、①の内外刑法の場所的適用範囲に関する法規範が、そのまま効力をもつと解するなら、該当性判定型の外国法適用ということは結局問題にならない。わが刑法の適用に関するかぎり、日本法によることになるからである。両者の法適用は、その次元・性質が異なる問題であることが認識されて、はじめて、該当性判定型の法適用について独立に論ずる余地が生じるのである。

なお、手続は、一般に、原則として法廷地法（*lex fori*）、つまり内国法によるほかないものである。^⑬ 涉外事件についてであっても、わが国で、外国の刑事訴訟法などを適用して裁判することは、原則として考えられないであろう。^⑭ ところで、すでに述べたように、わが国では、従来、刑法における外国法適用の問題は、一般に、ほとんど本格的

には論じられていない。だが、とくに、該当性判定型の外国法適用については、はなはだ研究が乏しいといえる。⁽¹⁶⁾そこで、本稿では、該当性判定型の外国法適用の問題にやや重点をおきつつ、考察してみることにしたい。

二 なお、該当性判定型のような形態で外国法に依拠する場合には、厳密に、狭義の「適用」(Anwendung)とは区別する趣旨で、「考慮」(Berücksichtigung)という表現が使用されることがある。⁽¹⁷⁾当の外国法の本来の法律効果(たとえば、物権法や親族法なら、それぞれ物権法的効果や親族法的効果)をわが国で実現するために参照しているわけではないことなどを理由とする。

しかし、該当性判定型の場合でも、外国法は、国際私法などによるかどうかはともかく、一定のルールに従い、具体的に参照され、その法的評価に即して判断がなされるものである。これを、強いて、「適用」とは呼ばないことにする必要性は必ずしもないであろう。⁽¹⁸⁾外国法に依拠する形態の相違を明らかにする点を除けば、そうした区別をする実益もあまりないといつてよい。⁽²⁰⁾そこで、本稿では、そうした峻別をせず、広く該当性判定型の形態をも含む意味で「適用」という表現を用いることにしたい。

〔注〕

(1) Vgl. F. Nowakowski, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 26. Jg., 1971, S. 633.

(2) J. Kohler, Internationales Strafrecht, 1917, S. 253.

(3) G. F. v. Cleric, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, SchwZStR 37. Jg., 1924, S. 52 ff.; J. Theiler, Das Fremdrechtsprinzip im Strafrecht [Diss., Zürich], 1943; F. Staubach, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964; VIII^e Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, L'Application de la loi pénale étrangère par le juge national, R. I. D. P. 1960 Nos 3-4, pp.

391-653; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, pp. 171 et s.

- (10) 外国刑法を適用する場合にも、同様の外国法適用が、さらに問題となりうる。国際私法にいわゆる先決問題（山田録一・国際私法（一九八二年）一四〇頁、池原季雄・国際私法（総論）（一九七三年）二七四—二七七頁、澤木敬郎・新版国際私法入門（一九八四年）七〇頁、木棚照一・（木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之）国際私法概論（一九八五年）六八—六九頁など参照）と同性質の問題である。だが、これは、第一の刑法管轄権型の外国法適用形態に附随する問題として、それに含めて考えればよからう。

- (11) *Nowakowski*, op. cit. (Anm. 7), S. 633ff.; *Jescheck*, op. cit. (Anm. 4), S. 130; *K. Cornils*, *Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht*, 1978; *Schönke-Schröder-Eser*, *Strafgesetzbuch*, 21. Aufl., 1982, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 23, 24; *K. G. Liebelt*, *Zum deutschen internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluss ausserstrafrechtlicher Rechtsätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts* [Diss., Münster], 1978.

- (12) 二重売買と横領罪の成否につき、大塚仁・（団藤重光編）注釈刑法（六）（一九六一年）四一〇頁、四四九頁、同・刑法各論上巻（改訂版・一九八四年）五八七—五八九頁など参照。

- (13) 物の「他人性」については、必ずしも民法上の所有権の見地に拘束されことなく、刑法の立場から考察されるべきであるが（団藤重光＝平川宗信・刑法各論〔新版〕（一九八〇年）四三三頁）、むしろ基本的に民法上の所有権の觀念が前提とされる（大塚仁・（団藤重光編）注釈刑法（六）（一九六一年）四〇九頁）。

- (14) 澤木敬郎「法廷地法」国際法辞典（一九七五年）六二六頁、同「手続と実体の性質決定」ジュリスト増刊・国際私法の争点（一九八〇年）一四三—一四四頁、渡辺惺之・（木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之）国際私法概論（一九八五年）二四八頁参照。

- (15) Vgl. *G. Straub*, *Das internationale Strafrecht, Materialien zur Strafrechtsreform* Bd. 2, 1954, S. 32. ただし、形式的には刑事訴訟法典中に規定されていても、その本質が実体的なもの（たとえば公訴時効。団藤重光・新刑事訴訟法綱要（七訂版・一九六七年）三七六頁など参照）については、その実質に鑑みて、これを適用することが考えられよう。なお、渡辺・前掲二五〇頁参照。

- (16) 刑法における外国法適用問題の見地からこの型に言及するものとして、団藤重光・刑法綱要総論（改訂版・一九七九年）七六頁注三。

(17) Staubach, op. cit. (Ann. 9), S.17. 横山潤「外国公法の適用と『考慮』——いわゆる特別連結論の検討を中心として」国際法外交雑誌八二巻六号(一九八四年)四六—四七頁参照。なお、Liebelt, op. cit. (Ann.11), S. 67 Ann. 198.

(18) 大阪高判昭29・5・4高裁判判特二八—一二五、名古屋高金沢支判昭37・9・6高裁判集一五—七—五二七。なお大阪高判昭38・12・24高裁判集一六—九—八四一。

(19) 横山・注(17)前掲四七頁。

(20) なお、横山潤「公法の属地的適用と私法の公法化」ジュリスト増刊・国際私法の争点(一九八〇年)二二頁参照。Vgl. Liebelt, op. cit. (Ann. 11), S. 67 Ann. 198.

三 刑法管轄権型の外国法適用

(1) 総説

一 いま、かりに、日本人が海外である犯罪、たとえば外国人に対する名誉毀損や窃盗を犯したとしよう。こうした涉外犯罪にもわが刑罰権を及ぼすものとする⁽²¹⁾と、それを行使するにあたり、まず、いずれの国の刑法を適用するか。やはり日本の刑法を適用するのか、それともその外国の刑法を適用するのか。

また、逆に、かの地で外国人が日本人に対して同種の犯罪を犯したとしたら、どうか。わが現行刑法では、この種の行為は処罰の対象とされていない。だが、将来あるいは刑罰権を及ぼすことになる⁽²²⁾としたら、その際はいずれの国の刑法を適用することにするのか。

こうしたいわゆる刑法の適用ないし法律管轄権(立法管轄権)(Gesetzskompetenz; compétence législative; legislative competence)⁽²³⁾または準拠法(maßgebendes Recht; loi applicable)の問題と呼ばれるレベルにおける外国刑法の場所的適用に関する考察が、ここでの問題である。言いかえれば、外国刑法に対して、一定の涉外事

犯につき刑法管轄権 (Strafrechtshoheit) を認めるか否かの問題である。内国裁判官による外国刑法適用 (Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter; application de la loi pénale étrangère par le juge nationale) の問題⁽²⁴⁾として、国際私法における外国私法の適用と対比されるものである⁽²⁵⁾。

II この刑法管轄権型の外国法適用については、これまでもある程度検討がなされてきた⁽²⁶⁾。ただ、バルトールス (Bartolus a Saxoferrato) 、グロティウス (Hugo Grotius) 、ヴォエット (Paulus Voet) 、カルプツォウ (Benedikt Carpov) といった人々が活躍したかなり古い時代には、当時の普遍主義的な思想を背景に、大体において強く支持されていたが、以後しだいにナショナリズムが強調されるようになってくると、そうした外国刑法の適用には急速に消極的になっていった⁽²⁷⁾。ナショナリズムの思想のもとでは、刑罰権の問題は、国家主権と密接に関連するものと考えられた。そうした刑法の国家性 (nationalité du droit pénal) ないし各国主義 (particularisme) を強調する見地から、刑事法の分野では、一般に、内国刑法の適用のみを想定し、外国刑法を適用しない考えが強まったのである⁽²⁸⁾。わが現行刑法は、こうした思想的背景のもとに立法されたものであるが、今日でも、こうした態度は基本的には維持されている⁽²⁹⁾。従来、周知のように、わが刑罰権が及ぶということ、わが刑法が適用されるということとは、ほとんど明確には区別されないのが通例であったといつてよい。

もっとも、そうした立場のもとでも、外国刑法を参照して罰することが、まったく考えられなかったというわけではない。とくに、戦前の改正刑法仮案が、国外で外国人が日本人の個人的法益を害する犯罪について、行為地の刑法を参照し、それによる可罰性の存在をわが刑法適用の要件としたこと (四条但書) は、注目に値する⁽³⁰⁾。

だが、それは、真に国際的な見地から、外国刑法をそうした犯罪についての本来の準拠法と認めたわけではなかった。周知のように、同仮案は、国家主義のもとに、「本邦の淳風美俗」、日本的道義観念を強調したものである。した

がって、そもそも、この場面での外国法尊重とはなじまないものがある。しかし、日本的道義ということになると、外国人は元来これとは無縁であるといわざるをえない。もともと、さきのような犯罪では、当の外国人にとっては、被害者が日本人であり、わが刑法の適用を受けるというのは、えてして偶然のこととらに属する。⁽⁸³⁾ その場合に、日本的道義の表れとされる刑法を、むやみにこれと無縁の外国人に押しつけるわけにもいくまい。そこで、せめて、行為地での可罰性を要件とし、行為者の違法性の意識に配慮することにしたのであろう。⁽⁸⁴⁾ 結局、それは、わが刑法の適用を本質的なものとしつつ、いわばその一種の内在的制約の見地から、外国刑法の適用を、のちに詳しく述べる該当性判定型の外国法適用の一種としてだけ認めるものであった。本来の意味で、刑法管轄権型の外国刑法適用を認めたものではなかったのである。

しかし、国際化時代を迎えた今日では、世界的な傾向として、刑事法の分野においても、国際協調主義を背景に、普遍人類的な考え方がかなり浸透しつつある。⁽⁸⁵⁾ こうした立場からは、行為地などに存する外国法秩序を尊重し、実情に見合った処罰を実現する趣旨などから、再び、真に刑法における準拠法としての資格で、外国刑法を適用するということも、考慮に値するものとされている。⁽⁸⁶⁾ たとえば、一九六一年の第八回国際刑法会議（リスボン）では、そうした適用を勧告する決議がなされた（第四部会決議）。わが国でも、憲法の国際協調主義や人権尊重主義から推せば、そうした外国刑法の適用を真剣に検討する必要があるろう。

三 なお、こうした刑法管轄権型の外国刑法適用の問題は、外国で裁判、恩赦などにより事件がすでに終結した場合には、もはや内国でもその事件を取り上げないこととするか——いわゆる広義の不再理主義⁽⁸⁷⁾（*Erlösungsprinzip*）——どうかの問題と、かなり密接な関係がある。⁽⁸⁸⁾

むろん、ことがらの性質上、細かな取り扱いの上で、それらが承認される事件の範囲などに微妙な差異がでるこ

とは、十分予想される⁽³⁹⁾。だが、当の犯罪人の人権尊重と並んで、外国での事件処理により当の犯罪に対する内国の処罰目的が達成されたかという視点が、不再理主義の採否判断にあたっては重要であろう⁽⁴⁰⁾。そして、この点は、当の犯罪につき、本来の準拠刑法をいずれの国の刑法と解するかということと、密接にかかわる⁽⁴¹⁾。したがって、こうした見地からは、原則として両者間に緊密な関係があることは当然ということになる。

〔注〕

(21) 刑法三条一、二、三、四号。また改正刑法草案四条二、三、四号参照。

(22) 刑法旧三条二項、改正刑法草案六条二項参照。なお、芝原・注(5)前掲三一九頁注四参照。

(23) 拙稿「外国刑事判決と一事不再理(一)」名古屋大学法政論集八三三(一九八〇年)一四二頁参照。なお、古田・注(6)前掲三六一頁参照。なお、こうした刑法的問題を実質的に規律する実質法たる刑法は、それとは別個に定立される刑法一―四条のような刑法の場所的適用範囲を定める適用規範(間接規範)を通して適用されるのが、原則である。しかし、特別法などには、ときとして、そうした独立の適用規範を通することなく適用される例もある(たとえば、判例が認めたものとして、北海道海面漁業調整規則。最判昭46・4・22刑集二五―三―四五一参照。また、小野慶二「第八北島丸事件」続刑法判例百選(一九七一年)二四九頁、小暮得雄「北海道地先領海外の違反漁業を国外犯として処罰することの可否」ジュリスト五〇九号(一九七二年)一一六頁、森下忠「国外犯」刑法判例百選Ⅰ総論(第二版・一九八四年)二七頁、香川達夫・刑法講義〔総論〕(一九八〇年)三二頁など参照)。

(24) 中山研一・刑法総論(一九八二年)九〇頁。v. *Cleric, op. cit. (Ann. 9); Staubach, op. cit. (Ann. 9); VIII. Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, op. cit. supra note 9, pp. 391-653.*

(25) 団藤重光・法学入門(一九七三年)一〇三頁、同・注(16)前掲七五頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)四三五頁、大塚仁・(福田平・大塚仁)刑法総論Ⅰ(一九七九年)七八頁、本浪章市「国際刑法概説」関西大学法学論集一六卷四・五・六号(一九六七年)四九七―四九八頁、五〇〇頁。

(26) わが国でも、すでに明治初年の日本刑法草案作成の過程で検討された(早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編・日本刑

法草案會議筆記(早稻田大学図書館資料叢刊1)第1分冊(一九七六年)四〇—四二頁(四四頁参照)。また、日本刑法草案
五条三号、六号、一八九〇(明治二三)年の刑法改正案四条二項三号参照。

- (27) Vgl. L. v. Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, 1862, S. 505; Kohler, op. cit. (Ann. 8), S. 66f.;
v. Cleric, op. cit. (Ann. 9), S. 63; Theiler, op. cit. (Ann. 9), S. 28-31; Staubach, op. cit. (Ann. 9), S. 32-57; A.
N. Makarov, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 259.
V. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit. *supra* note 9, p. 176.

- (28) Vgl. Staubach, op. cit. (Ann. 9), S. 57ff.; Makarov, op. cit. (Ann. 27), S. 259f. V. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit.
supra note 9, p. 176. 又 vgl. Mendelssohn Bartholdy, Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, Vergleich-
chende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. VI, 1908, S. 97 Ann. 1.

- (29) J. F. H. Aberg, Über die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen, 1819, S. 65f., zit. bei Staubach,
op. cit. (Ann. 9), S. 59; Bremer, Die strafrechtliche Behandlung der im Auslande begangenen Delicte, GS 17.
Jg., 1865, S. 457; K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 372. 又 vgl. v. Bar, op. cit. (Ann. 27),
S. 507f.; Staubach, op. cit., S. 59 Ann. 196 u. S. 78 Ann. 296 u. 298.

論

説

- (30) 拙稿「外国刑事判決と一事不再理」名古屋大学法政論集八四号(一九八〇年)四三二—四三四頁参照。
(31) 原田・注(2)前掲四七八頁参照。なお、平野・注(25)前掲四三五頁参照。
(32) すでに一九二七(昭和二)年の刑法改正予備草案四条但書において、その方向が示されていた。
(33) 内藤謙「刑法の適用」法律時報四七巻五号(一九七五年)四五頁。H. Schultz, Bemerkungen zum Verhältnis von
Völkerrecht und Landesrecht im Strafrecht, Schwjblntr Bd. 19, 1962, S. 20; Sarkar, *The Proper Law of Crime*
in International Law, G. O. W. Mueller & E. M. Wise ed., INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 50, 67 (1965).
(34) 新倉修「刑法改正作業と国際刑法(上)」国学院法学二〇巻二号(一九八二年)二六—二七頁参照。
(35) 団藤・注(25)前掲一〇三頁など参照。なお、柏木千秋・刑法総論(一九八二年)六七—六八頁参照。
(36) Schultz, op. cit. (Ann. 33), S. 18-24; Jescheck, op. cit. (Ann. 4), S. 129; Staubach, op. cit. (Ann. 9), S. 234-38.
また、芝原・注(5)前掲三一五頁参照。なお、法務省刑事局編・改正刑法草案の解説(一九七五年)三六頁参照。

(37) 拙稿・注(23)前掲一四八頁参照。

(38) 拙稿「外国刑事判決と一事不再理(三)・完」名古屋大学法政論集八五号(一九八〇年)二〇七頁。また、see Feller, *Jurisdiction over Offenses with Foreign Element*, 2 M. C. BASSIOUNI & V. NANDA ed., A TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 5, 15 (1973). なお、外国における公訴時効完成の事実を考慮するのは、外国判決が介在する場合の刑の時効などとは異なり(拙稿・前掲二〇三頁注五五五参照)、本質的には外国法適用の問題と考えられるが(前出注(15)参照。なお、vgl. W. Hasler, Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland [Diss., Zürich], 1939, S. 99)「不再理主義(広義)の見地から問題とされることも多い(たとえば L. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, 1892, S. 229; Jescheck, op. cit. (Anm. 4), S. 136)」。この場合には、外国法適用の問題と不再理主義の問題とがオーバーラップしているともいえる。

(39) 拙稿・前掲一八〇—一八四頁、一八六頁注五〇二参照。

(40) 拙稿・注(30)前掲四五四—四六〇頁、同「国際刑事法における一事不再理の問題」刑法雑誌二五卷三・四号(一九八三年)五二七—五三〇頁。また、芝原・注(5)前掲三一五頁。

(41) 拙稿・注(38)前掲一五三—一九四頁参照。

(2) 外国刑法主義の諸型

刑法管轄権型において外国刑法を適用する立場は、外国法主義(Fremdrechtprinzip)ないし外国刑法主義(Prinzip des Fremdenstrafrechts)と呼ばれる⁽⁴²⁾。その中には、次のような種々の外国刑法適用形態が含まれる。

(a) 完全な外国法主義 涉外犯罪につき、完全に外国刑法のみを適用して処罰する形態は、完全な外国法主義(volles Fremdrechtprinzip)と呼ばれる⁽⁴³⁾。

外国では、古くは、こうした形での外国刑法適用も考えられたことがあるようである。すでに述べたバルツールス

らは、そうした端的な形で外国刑法適用を主張していたといわれる⁽⁴⁴⁾。またフォイエルバッハ (Anselm v. Feuerbach) も、限られた範囲では、そうした完全な外国法主義を支持していた⁽⁴⁵⁾。

しかし、今日では、刑法の国家性の思想がなお根底にはおかれ、後述の内国公序の見地も考慮されるため、こうした完全な外国法主義の採用は、わが国では、まだあまり現実的でないといつてよい⁽⁴⁶⁾。

(b) 「軽い法」主義、「軽い刑」主義 一 現代社会では、刑罰権の行使は公序 (ordre public) と深くかわっている。したがって、外国刑法の適用が認められる場合であっても、一般には、内国刑法がさらに関与する余地も認めざるをえないであろう⁽⁴⁷⁾。

むしろ、根本的には外国刑法が準拠法となるべき事件であれば、日本の刑法とは異なる犯罪処罰がなされて当然である。したがって、日本刑法によるなら重く罰することになりそうな行為でも、それより軽く罰することになり、あるいはまったく罰しないことになっても、差し支えなからう。しかし、日本刑法で承認されていないような犯罪処罰、とりわけ日本国内で当の行為が行われても科せられないような重い刑罰を、わが国で実現することは、罪刑均衡の見地からいって、わが国の公序に反するであろう(憲法三一条、三六条参照)。したがって、完全に日本刑法を排除し、外国刑法だけを適用して罰するというわけにはいくまい。結局、外国刑法とわが刑法とをいわば累積的に「適用」し、双方がともに認める範囲内で罰することになろう⁽⁴⁸⁾。

この場合、刑法の分野では、その国家性の思想の影響もあって、伝統的に、自国刑法を中心に考える傾向が強い。その結果、具体的には、おそらく、まずわが刑法の適用を原則とし、外国刑法がこれより軽い罪刑を定める法(軽い法) (lex mitior, milderes Recht) であるときは、例外的・補充的にそれによる、という形式になるであろう⁽⁴⁹⁾。こうした軽い外国刑法を適用する形態が、「軽い法」主義 (Grundsatz der mitior lex) と呼ばれるものである⁽⁵⁰⁾。む

ろん、その場合、個々の犯罪構成要件をはじめ、共犯、未遂、違法性、責任といった総則的問題、そして刑罰（刑種、刑量）なども、原則的に外国法によることとなる。⁽⁵¹⁾

なお、こうした形態と類似するものとして、外国法の定める刑が軽いときは、その刑を科すという意味で、一般的には内国刑法を適用しつつ、刑罰のみは外国法の刑による、という適用形態も考えられる。「軽い刑」主義（*Grundsatz der mitior poena*）と呼ばれるものである。⁽⁵²⁾ この場合には、構成要件や総則的問題などは、内国法によることになる。⁽⁵³⁾

二 いずれにせよ、これらの適用形態では、外国刑法の解釈をして、内国刑法との間で、罪刑の軽重を判断しなければならぬという厄介な問題が伴う。⁽⁵⁴⁾

かりに法定刑だけ取り上げてみても、その軽重の比較は、同一刑法秩序内だけでも相当に厄介な問題である。⁽⁵⁵⁾ 刑罰体系や刑種などが、わが刑法と相違することも多い外国刑法との間での比較では、その苦労は倍増する。ましてや、時効期間やその成否、告訴の要否やその有無などまでも考慮に入れなければならないとなれば、これは非常に大変だといえるのである。⁽⁵⁶⁾

なお、外国法の刑を科すとなると、その刑の執行という問題も生ずる。むしろ、内国で認められていないような刑種であるときには、内国の類似の刑罰をいわば代替刑として、外国刑をそれに等価になるように換算する（*umrechnen; umwandeln*）ことになる。⁽⁵⁷⁾ だが、これもまた厄介な問題である。もっとも、この点は、類似の換算が、わが国でも、刑法五条による外国で執行された刑の執行免除——いわゆる算入主義（*Anrechnungsprinzip; principle of deduction*）——に関連して、もっと隔った刑種間でも、すでに受け入れられていることが注目される。⁽⁵⁸⁾

(c) 可罰性考慮主義（双方可罰の原則） 一 内国刑法を適用して処罰する際、外国刑法によっても当該行為が

可罰的であることを要件とする例がある⁽⁵⁹⁾。たとえば、わが改正刑法草案六条二項は、外国人による日本人の一定の個人的法益を害する国外犯につき、こうした要件を定めている。当該行為が外国で不可罰であれば、わが国でも罰せられないことになるわけである。いわゆる可罰性考慮主義〔択一主義〕(Entweder-Oder Prinzip) または双方可罰 (beidseitige Strafbarkeit; double criminality) の原則ないし規範同一 (Normidentität) の原則と呼ばれるものである⁽⁶⁰⁾。

二 この形態が、のちに述べる該当性判定型の外国法適用形態の一種なのか、刑法管轄権型の外国法適用の延長線上にあるものということで、なお広い意味ではその形態の一種なのかについては、見解の対立がある⁽⁶¹⁾。

おもうに、この形態においては、もはや厳密には外国刑法を直接適用して罰しているとは言いがたい。外国刑法による可罰性の存在を、わが刑法を適用するための要件として規定し、それへの該当性を判断するために外国刑法を適用しているわけである。だから、むしろ形の上からは、かなり該当性判定型の外国法適用に近似した側面をもつ。とくに、刑法の国家性の見地から、内国刑法の適用を一般に本質的なものと解する立場に立つと、そのように理解することになるのは、すでにみたとおりである。

しかし、角度を変えてみると、この形態では、当の行為そのものに直接外国刑法を適用して、その可罰性につき判断している。これは、該当性判定型の外国法適用が、一般に、それ以外の要素に関して外国法の適用を考えているのとは、やや異質であろう。また、ここで外国刑法に依拠する根拠も、すでにみたように、今日では、根本的には、国際協調主義を背景に、普遍人類的な見地から、犯罪地にある外国などの刑法的支配を尊重し、実情に合致した処罰の実現をはかる趣旨だと解される。とすれば、その外国刑法こそが本来、刑法的問題を直接規律する準拠法となるわけであるから、その法秩序の考慮は、やはり刑法管轄権型の外国法適用と同一線上において理解すべきことになるう。

こうして、結局、この外国法適用形態は、基本的には、「軽い刑」主義をさらに簡便にした形式として、中途半端(Halbheit)ではあるが、広い意味では刑法管轄権型の外国法適用形態の一種と考えるべきであろう。⁽⁶²⁾すでにみたように、「軽い法」主義や「軽い刑」主義には相当な煩雑さが伴う。そのため、実務的な見地から、それを軽減したのがこの形態であって、その本質は、「軽い法」主義などと異ならないといえよう。

〔注〕

- (42) Kohler, op. cit. (Anm. 8), S. 69, 196; v. Cleric, op. cit. (Anm. 9), S. 52.
- (43) Theiler, op. cit. (Anm. 9), S. 11, 13.
- (44) Kohler, op. cit. (Anm. 8), S. 66f.; v. Cleric, op. cit. (Anm. 9), S. 63; Theiler, op. cit., S. 28-31; Staubach, op. cit. (Anm. 9), S. 32-53; Makarov, op. cit. (Anm. 27), S. 259; DONNEDIEU DE VABRES, op. cit. *supra* note 9, p. 176.
- (45) P. J. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. hg. v. K. J. A. Mittermaier, 1847, § 40, S. 69. なお vgl. Staubach, op. cit. (Anm. 9), S. 62-66.
- (46) ただし、第八回国際刑法会議第四部会決議二一参照。
- (47) Schultz, op. cit. (Anm. 33), S. 21.
- (48) 渉外的不法行為の準拠法に関する法例二一条参照。また、江川英文・国際私法(改訂増補・一九七〇年)二二八―二三〇頁、山田・注(10)前掲三一〇頁、三三―三三五頁、折茂豊・国際私法(各論)(新版・一九七二年)一六八―一六九頁、松岡博・(木棚照一＝松岡博＝渡辺愷之)国際私法概論(一九八五年)一三九―一四〇頁参照。なお、折茂豊・渉外不法行為法論(一九七六年)一一―一〇三頁、とりわけ五六―五七頁参照。
- (49) たとえば、スイス刑法五条一項、六条二、第八回国際刑法会議第四部会決議二二。また、vgl. v. Cleric, op. cit. (Anm. 9), S. 63-68; Straub, op. cit. (Anm. 15), S. 32. なお、外国刑法の適用を原則とし、内国刑法がこれより軽い法であるときは、例外的に内国刑法によるものとした稀な立法例として、プロイセンラント法二部二章一四、一五、一六条。
- (50) v. Cleric, op. cit. (Anm. 9), S. 64; Theiler, op. cit. (Anm. 9), S. 13. ただし、「軽い法」主義の語は、広義では、「軽

- 「刑」主義の形態をも含むものとして用いられる（平野・注（25）前掲四三五頁参照。また後出注（52）参照）。
- (51) *v. Cleric*, op. cit., S. 69.
 - (52) *v. Cleric*, op. cit., S. 73f.; *Theiler*, op. cit. (Anm. 9), S. 13; *Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 18. 以下の「軽く法」主義と「軽く刑」主義を明確に区別しない見解も多し（*v. Cleric*, op. cit., S. 74）。
 - (53) *v. Cleric*, op. cit., S. 74.
 - (54) *v. Cleric*, op. cit., S. 71-73, 75f. 以下 *vgl. Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 61, 79, 168-189.
 - (55) たとえば 団藤・注（19）前掲四五〇—四五一頁、所一彦・（団藤重光編）注釈刑法（1）（一九六四年）七七一—八二頁参照。
 - (56) *v. Cleric*, op. cit. (Anm. 9), S. 69.
 - (57) *v. Cleric*, op. cit., S. 70, 74; *Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 179. なお、外国刑事判決の執行を受ける場合にも同種の問題が生ずる。 *Vgl. D. Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, S. 595-98.
 - (58) 団藤・注（19）前掲八〇頁参照。 以下 *vgl. A. v. Hammerstein*, Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland—Dargestellt für das deutsche, französische und schweizerische Recht [Diss., Freiburg], 1964, S. 45; *H. Bühler*, Die Bedeutung ausländischer Strafurteile nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht [Diss., Köln], 1966, S. 143 Anm. 1.
 - (59) たとえば、オランダ刑法五条一項二号、ギリシヤ刑法六条一項、七条一項。 以下 *v. H. Schultz*, *Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger*, *Rev. sc. crim.*, 1967, p. 328 note 2, p. 329 notes 1, 2.
 - (60) *Kohler*, op. cit. (Anm. 8), S. 69; *v. Cleric*, op. cit. (Anm. 9), S. 52f.; *Theiler*, op. cit. (Anm. 9), S. 14; *Schultz*, op. cit., p. 328; *Feller*, *supra* note 38, at 15.
 - (61) 該当性判定型的に解するものとして *Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 17; *Maharov*, op. cit. (Anm. 27), S. 268. 刑法管轄権型的に解するものとして *Kohler*, op. cit. (Anm. 8), S. 69; *v. Cleric*, op. cit. (Anm. 9), S. 53.
 - (62) *Theiler*, op. cit. (Anm. 9), S. 13f. 以下 *vgl. Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 209 Anm. 275.
 - (63) *Kohler*, op. cit. (Anm. 8), S. 196.

(3) 外国刑法の適用と犯罪地

一 通例、刑法管轄権型の外国刑法の適用が考えられている涉外犯罪は、主に国外犯である。たとえば、すでに例に挙げたように、日本人が外国で外国人の名誉を毀損したり、外国人の物を窃取したような場合、あるいは逆に、外国人が外国で日本人に対してその種の行為をなした場合に、そうした外国刑法の適用が主張されているのである。⁽⁶⁴⁾

むろん、さしあたり、わが国では、基本的には、ことは立法論の問題である。⁽⁶⁵⁾ だが、そうしたもっぱら外国で犯された犯罪については、行為地に存する国家の地域的な刑法的支配を、法的にも事実的にも尊重し、実情に見合う処罰の実現をはかることは、国際化時代を迎えた刑法の進むべき方向としては、当然予想されるところである。そして、こうした見地からは、右のような行為をわが国でも罰するものとすれば、それにあたってその外国の刑法を適用することが考えられるべきなのである。

とはいえ、国外犯であれば、あらゆる犯罪について外国刑法の適用が考えられうるというわけではない。詳論は他日を期したいが、内乱罪など、わが国の存立にかかわるような重大な国家的法益などを害する犯罪——いわゆる国家保護犯罪 (Staatschutzdelikt) ——や、ハイジャックなど、いわば世界法上の犯罪として、世界共通の利益の見地から協力してその処罰がはかられている犯罪——いわゆる世界法犯罪 (世界犯罪) (delicta juris gentium; Weltrechtsverbrechen) ——については、犯罪地の外国刑法も適用されないのである。⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾ 外国刑法が適用されるのは、すでに挙げた例のように、それ以外の個人的法益を害するような普通犯罪に限られるといえよう。⁽⁶⁸⁾

二 国内で犯された犯罪についても、そのような外国刑法の適用がまったく考えられないというわけではない。そうした国内犯 (Inlandtat) には、離隔犯 (Distanzdelikt) の場合、実行行為は日本国内でなされたが、結果は

外国で発生した場合や、逆に実行行為は外国でなされ、結果のみが日本国内で発生した場合も含むと解されている。⁽⁶⁹⁾ こうした犯罪地 (Tatort) が外国にも部分的にまたがるような国内犯については、あるいは、その処罰にあたり、外国犯罪地の刑法秩序を参照することも考えられなくはない。また、日本船舶・日本航空機内における犯罪も、国内犯に準ずるものとして扱われる傾向があるが、⁽⁷⁰⁾ それらが外国領域内を航行中に発生した犯罪についても、同様に外国犯罪地の刑法を適用することが考えられなくはない。⁽⁷¹⁾

なお、刑法では、これまで述べてきたように、属地的な側面を基本に考える立場が主流であるが、その属人性を重視し強調する立場もないではない。⁽⁷²⁾ 今のところ、普遍人類的な見地から属人性を重視する立場も、主に行刑面に注目しているにすぎないが、やがて刑法の準拠法の面にも視野を広げるかもしれない。その場合には、外国人による犯罪や外国人を被害者とするような犯罪については、国外犯はむろんのこと、国内犯でも、その外国の刑法を適用する余地が出てくるであろう。

ただ、今日のところ、まだ国内犯にまで外国刑法主義を認めるところまでは、普遍人類的な考え方をおし及ぼしていないのが、世界の実情である。⁽⁷³⁾ わが国でも、当面、国内犯については、その種の外国刑法適用を実現することは困難であろう。

〔注〕

- (64) 平野龍一「刑法の適用」平場安治・平野龍一編・刑法改正の研究1(一九七二年)一九九―二〇〇頁、内藤・注(33)前掲四一頁、四四―四五頁、芝原・注(5)前掲三一五頁、下村康正「刑法の場所的適用範囲——とくに国外犯について」ジュリスト七二〇号(一九八〇年)四五頁、森下忠・国際刑法の潮流(一九八五年)八一―二二頁。なお、第八回国際刑法会議第四部会決議一三参照。

- (65) ただし、現在でも、量刑にあたって事実上軽い外国刑法を考慮して処断することなどは考えられよう (vgl. Jescheck, op. cit. (Ann. 4), S. 129)。国外犯の場合における外国法の状態は、犯罪の軽重ないし情状の一つの要素とも解されよう。なお、佐伯千仞「刑の量定の基準」刑法講座一卷(一九六三年)一二〇頁、小暮得雄・(団藤重光編)注釈刑法(三)(一九六五年)三三頁参照。その延長線上で、起訴便宜主義の活用も考えられよう。
- (66) 芝原・注(5)前掲三一四頁、Feller, *supra* note 38, at 27, 34. また森下・注(64)前掲一六頁、二〇頁、五三頁。ただし、世界法犯罪につき、外国刑法の適用を認めるものとして、第八回国際刑法会議第四部会決議12、Schulz, op. cit. (Ann. 33), S. 22. また同様の立法例につき、vgl. Straub, op. cit. (Ann. 15), S. 32.
- (67) ただ、世界法犯罪については、いわば世界法の代用品としてわが刑法が適用されるのであるから(拙稿・注(38)前掲一八三頁参照)、処罰にあたっては、世界的な処罰の水準が参考にされるべきで、その限りで諸外国の刑法が参酌されることはありえよう。
- (68) 芝原・注(5)前掲三一五頁、Feller, *supra* note 38, at 29, 31, 37. なお、Schulz, op. cit. (Ann. 33), S. 19, 21-23. なお、可罰性考慮主義(双方可罰の原則)の認められる犯罪の範囲が、その主義の根拠の理解のしかたにより異なることにつき、新倉・注(34)前掲二六―二七頁参照。
- (69) 拙稿・注(23)前掲一四七頁、同「外国へ輸出中の船舶を乗組員が公海上で覆没させる行為と刑法一条二項」中京法学一九巻四号(一九八五年)八五頁参照。
- (70) 森下忠「国際刑法」刑法講座一卷(一九六三年)七九頁、植松正・再訂刑法概論―総論(一九七四年)九一頁、山本草二「国際刑法」内田久司・山本草二編・国際法を学ぶ(一九七七年)二一八頁、Jescheck, op. cit. (Ann. 4), S. 133; R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1971, S. 121; Oehler, op. cit. (Ann. 57), S. 313f.; Schulz, op. cit. *supra* note 59, p. 322.
- (71) 拙稿・注(38)前掲一六四―一六五頁参照。
- (72) ナシヨナリズムを背景に、国家ないしその刑法と国民との忠誠関係・道義的結合を強調する立場(たとえば小野清一郎・新訂刑法講義総論(増補版・一九五〇年)七三頁、青柳文雄「国外犯について」法学研究四二巻七号(一九六九年)七頁、森下・注(70)前掲八二頁。なお、拙稿・注(38)前掲一八七頁参照)と、逆に普遍人類的な見地から、犯罪者とその生活本拠地

たる社会（本国、住所地国など）との結合を重視する立場（たとえば T. Vogler, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konvention des Europarats, Fest. f. R. Maurach, 1972, S. 608f.; R. Linke, Zwischenstaatliche Kompetenzkonflikte auf dem Gebiet des Strafrechts, Geburtstagsgabe f. H. Grütznert, 1970, S. 88; H. Grütznert, Die zwischenstaatliche Anerkennung europäischer Strafurteile, NJW 1969, S. 347. なお、村山・注（2）前掲三四三頁参照。また、森下忠・国際刑法の新動向（一九七九年）二〇—二二頁参照）とがある。

(73) たとえば第八回国際刑法会議第四部会決議一、Feller, *supra* note 38, at 18.

四 該定性判定型の外国法適用

(1) 総 説

一 いま日本人Aが、外国で、その業務上所有する特定物たる動産を、現地人Bに売却する旨の契約を締結後、まだ現実に引渡をせず占有保管中に、日本に一時帰国して、あるいは現地で、あるいは第三者に二重売買したとする。この行為を、わが刑法の業務上横領罪（二五三条）に問おうとすると、当の動産が、そこにいう「他人の物」かどうかをめぐり、民法上その所有権がBに移転していたかどうか、ひとつの問題となる。⁽⁷⁴⁾ その場合、その移転の有無は、いずれの国の民法に基づいて判断すべきか。準拠法となるのは日本民法か、それともその外国の民法か。

また別に、いま日本において、外国人Aが同国人Bより物を窃取したが、ABは再従兄弟であったとする。Aの行為は、わが刑法に照せば窃盗罪にあたろうが、親族相盗例（刑法二四四条一項）の適用はあるか。そこにいう「親族」の範囲は、刑法が独自には定めておらず、原則として民法上の解決に委ねられているとすると、本件では、「親族」にあたるかどうかは、日本民法により判断するのか、それともその外国の民法によるのか。⁽⁷⁵⁾

これらの場合に、その外国私法を適用して判断するとすれば、それが、ここにいう該定性判定型の外国法適用の代

表的な例である。

そうした外国法適用は、通例は、右の例のように、わが国の実質法たる刑罰法規の要素について問題となることが多かるう。だが、同様の外国法適用は、理論的には、適用法（間接法）たる刑罰法規（刑罰法規の適用範囲を定める規範）（*Strafanwendungsrecht*）（刑法一—六条など）における要素についても考えうる。

二 ところで、従来、一般に、刑法における外国法適用の問題は、主としてすでにみた刑法管轄権型のものをめぐって、議論や制度が展開されてきた。問題は、ほとんどこれに尽きるかのように錯覚されたふしさえある。しかし、それは、該当性判定型の外国法適用が、特別な立法的措置を必ずしも要しないうえに、いわば当然のこととされ、論ずるまでもないと判断されたためではない。むしろ、そうした独自の外国法適用形態があることそれ自体や、その問題性が、強く意識されなかったためのものである。

むしろ、刑法管轄権の問題からの独立性を否認する考え方はさておくとしても、涉外事件につき、外国刑法主義を採用すれば、完全な形のものでなくとも、該当性判定型の外国法適用の問題は、相対的に重要性が薄らぐとはいえず。外国刑法を適用すれば、その外国の関連するほかの私法秩序なども、それなりに全体として反映される。ところが、単純な国外犯などの場合には、それで該当性判定型で問題となる外国私法なども事実上反映されるからである。たとえば、さきに挙げた業務上横領罪の事例でいえば、かりに二重売買したのが現地だとすると、該当性判定型で問題となる外国民法は、——国際私法の指定する法（わが国では、具体的には、法例一〇条二項により、当の動産の所在地法）⁽⁷⁸⁾と解するにせよ、端的に契約地の法と解するにせよ⁽⁷⁹⁾——結局、犯罪地たる外国の民法と同じことになる。したがって、その地の外国刑法を適用して罰することにすれば、かなりの程度は実質上考慮に入れられうることになるのである。

こうして、該当性判定型の外国法適用の問題は、刑法管轄権型の外国刑法適用の問題の背後に隠れた形となり、そのためにかえって活発な検討が妨げられた面さえあったともいわれる。⁸¹⁾ 今日でも、該当性判定型の外国法適用が、国外犯であるにもかかわらず外国刑法主義がとられていない場合を中心に、その第二次的な措置として論じられることが多いのは、そうした事情の反映であろう。

しかし、刑法における外国法適用の問題は、やはり、刑法管轄権型の外国刑法適用の問題に尽きるものではない。それは、既述のように、全涉外事件につき外国刑法主義を採用することが、今のところ非現実的だということだけではない。外国刑法主義が採用される涉外事件についても、事案が複雑になると、外国刑法を適用しても、該当性判定型で問題となるような私法秩序などが、つねに十分に反映されるとはいえないのである。たとえば、さきの業務上横領罪の事例でも、かりに、第三者に二重売買した地が、Bと売買契約を締結した外国(甲国)とは違う第三国(乙国)であるとしよう。すると、該当性判定型で適用が問題となる外国民法は、依然として甲国法であるのに、刑法管轄権型で問題となるのは乙国法となってしまう、外国刑法主義を採用しても十分に甲国法が反映される保障はなくなるのである。

こうして、該当性判定型の外国法適用の問題は、刑法管轄権型の外国刑法適用の問題とは別個の独自の意義と重要性を有するわけである。

なお、わが国では、⁸²⁾ 刑法管轄権型の外国刑法適用は、量刑にあたって實際上軽い外国刑法を考慮することなどは、現状でも考えられるにしても、基本的には立法論にとどまる。これに対して、該当性判定型の外国法適用は、そもそも、現行刑法の解釈論として、現実には直面している問題である。しかも、現在のわが国では、相当広範に国外犯も罰することになっているのに、まったく外国刑法主義を採用していない。そのうえ、すでに触れたように、これに関す

る従来の研究が、刑罰管轄権型の外国法適用に比しても乏しい。これらのことも考えあわせると、今日では、実は、該当性判定型の外国法適用の問題は、刑罰管轄権型の外国法適用の問題に勝るとも劣らず、検討の必要性が大きい問題であるといえよう。

三 なお、該当性判定型の外国法適用については、刑罰管轄権型における外国の刑罰法規の適用と対比する意味で、「外国の非刑罰法規 (außerstrafrechtliche Rechtsätze) の適用」という表現が、まゝ使用されている。⁽⁸⁴⁾

むしろ、通例そこでは外国の私法や行政法の適用が問題となるわけであるから、常識的にはそれで足りる。しかし、厳密に考えれば、それだと、刑罰法規と非刑罰法規の区別いかんという難題⁽⁸⁵⁾に真向から直面することになる。そのうえ、該当性判定型の外国法適用においても、本質的に外国の刑罰法規の適用が考えられないというわけではなからう。⁽⁸⁶⁾こうして、「外国非刑罰法規の適用」という表現を使用することは、必ずしも適切なものとはおもわれない。生硬ではあるが、「該当性判定型の外国法適用」という表現を使用する方が、適用形態を表わすには適當であろう。

〔注〕

(74) 刑法一条一項、三条一五号参照。なお、前出注(12)参照。

(75) 前出注(13)参照。

(76) 高田卓爾・(団藤重光編)注釈刑法(6)(一九六六年)一四六―一四七頁、大塚仁・注解刑法〔増補第二版〕(一九七七年)一〇五頁。

(77) 同種の事案で、外国民法によった判例として、大阪高判昭29・5・4高裁判判特二八―一二五。なお、大阪高判昭38・12・24高裁判集一六―九一八四一参照。

(78) なお、山田・注(10)前掲二六五―二六八頁参照。

(79) Kohler, op. cit. (Anm. 8), S. 253; L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 1, 1906, S. 162; K. Neumeyer,

Die verbotene Handlung im internationalen Strafrecht, ZStW Bd. 23, 1903, S. 438, 445; Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 634f., 637; Cornils, op. cit. (Ann. 11), S. 102, 122. また、第八回国際刑法会議第四部会決議1。なお、vgl. Liebelt, op. cit. (Ann. 11), S. 67 Ann. 198.

(80) Liebelt, op. cit., S. 208-212, 233-39, 264f. 及び Schönke-Schröder-Eser, op. cit. (Ann. 11), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 23, 24.

(81) Liebelt, op. cit., S. 262.

(82) たぐゞ Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 633; Cornils, op. cit. (Ann. 11), S. 4-6; Liebelt, op. cit., S. 192-94; Jescheck, op. cit. (Ann. 4), S. 130.

(83) 前出注(65)参照。

(84) たぐゞ Nowakowski, op. cit. (Ann. 7); Liebelt, op. cit. (Ann. 11).

(85) 団藤・注(16)前掲二八九頁、大塚仁・刑法概説(総論)(増補版・一九七五年)三〇四頁、福田平・違法性の錯誤(一九六〇年)八六頁、萩原玉味「事実の錯誤と法律の錯誤の限界」現代刑法講座二卷(一九七九年)三四四頁。なお、藤木英雄「事実の錯誤と法律の錯誤との限界」刑法講座三卷(一九五三年)一〇二頁参照。

(86) たぐゞ、後述する犯人蔵匿罪における「罰金以上の刑に該る罪」に関しても、将来わが国で外国刑法主義が採用されたとすれば、その該当性を外国刑罰法規の適用により判定することが考えられなくはない。

(2) 刑法の依拠性と外国法適用

(a) 刑法の独自性と依拠性 刑法は、各罰則の構成要件、客観的処罰条件、処罰阻却事由をはじめとして、さまざまな局面で、多様な法規に依拠ないし従属すること(Abhängigkeit od. Akzessorietät)を認めている場合がある。たとえば、他法による補充を必要とするいわゆる白地刑罰法規(Blanketstraftgesetz)や、他法による法的評価が必要な規範的構成要件要素(法的規範的構成要件要素)(rechtlich-normative Tatbestandsmerkmale)などが、それである。

元来、刑法は法益を保護するものであり、刑罰を用いる点で、いわゆる補充性ないし謙抑性の原則も働くが、またそれゆえに同時に独自性をもつ。そこで、刑法上用いられる法律概念なども、しばしば独自の内容をもつものである⁽⁸⁸⁾（いわゆる概念の相対性）、他法の関与などを要しないのが普通である（いわゆる刑法の独自性（Autonomie））。しかし、他法に依拠することを、刑法みずから認めている場合もあるわけである。

もちろん、そうした依拠が認められて、はじめて、ここでの外国法規への依拠いかんも問題となりうる⁽⁸⁹⁾。該当性判定型の外国法適用が問題となるのは、そうした依拠の対象がもっぱら外国法規の場合または内国法規に限られない場合なのである。

(b) 依拠の諸態と外国法適用

一 (1) 該当性判定型の外国法適用が問題となる中心の場合は、すでに少し触

れたように、わが刑法が、構成要件、違法性阻却事由、処罰条件、刑罰阻却事由などにおいて、法的評価が必要な規範的要素（法的規範的要素）（*rechtlich-normative Merkmale*）を含んでいる場合である⁽⁹⁰⁾。そうした要素ないし法律概念をめぐる法適用の問題は、従来、刑法上の先決問題（*Präjudizialfrage; Vorrage*）とも呼ばれている⁽⁹¹⁾。

記述的要素に関しては、そうした外国法適用は問題とならない⁽⁹²⁾。その性質上、もともと他の法規への依拠が考えられないからである。もっとも、記述的要素と規範的要素との区別も、必ずしも明確なものではない⁽⁹³⁾。

わが現行刑法において、右のような形で外国法適用が問題となりうるのは、具体的には、次のような要素に関してである。私法的評価を要するものがその中心であるが、公法的評価を必要とするものもある⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾。

- ① 私法的評価を要するもの……「他人の財物」⁽⁹⁸⁾（二三五条、二三六条など）、「他人の物」⁽⁹⁹⁾（二五二条、二五三条など）、「物権を負担し」⁽¹⁰⁰⁾（一一五条、二六二条など）、「婚姻」⁽¹⁰¹⁾（一八四条）、「配偶者の直系尊属」⁽¹⁰²⁾（二〇〇条、二〇五条二項、二一八条二項、二二〇条二項など）、「親族」⁽¹⁰³⁾（一〇五条、一〇五条の二、二二二条二項、二二三条

二項、二四四条⁽¹⁰¹⁾、二五七条など⁽¹⁰²⁾など。

② 公法的評価を要するもの……「強制執行」(九六条の二)⁽¹⁰³⁾、「差押を受け」(一一五条など)⁽¹⁰⁴⁾など。

(2) むろん、これらと同一の構造を有する法的規範的要素でも、その全てについて外国法の適用が考えられうるわけではない。その性質上、日本法による法律関係のみが念頭にあるような規範的要素については、当然日本法による評価のみが問題となりうる。したがって、外国法の適用は問題とならない。そうした例は、公法的な規範的要素に多く、私法的な規範的要素にはあまり多くなろうが、具体的には、個別的な検討を要する⁽¹⁰⁵⁾。

この点の区別に関しては、当該刑罰法規が、内国的利益のみを保護しようとするものか、外国的利益をも保護しようとするものかが、重要なメルクマール⁽¹⁰⁶⁾とする見解がある。内国的利益のみが保護の対象であれば、その法規における規範的要素については、外国法適用は基本的に問題とならない、というのである。国家的法益に対する罪のような場合がその例で、内乱罪など国家の存立を危うくするような国家保護犯罪に関する法的規範的要素は、その典型だとされる⁽¹⁰⁸⁾。逆に、個人的法益に対する罪のような場合には、外国法を適用する余地があるとされる⁽¹⁰⁹⁾。

しかし、厳密には、当の刑罰法規の保護法益の性質いかんが、ここでの問題の解決に直結するものとはいえない。なるほど、保護法益に直接つながるような法的規範的要素については、そうした保護法益の性質いかんが大きな意味を持つであろう。したがって、その種の法的規範的要素については、日本の利益のみが保護の対象とされるような場合であれば、一般に、日本法による法律関係のみが念頭におかれており、外国法の適用は問題となりえないともいえよう(たとえば、内乱罪における「朝憲」(七七条)⁽¹¹⁰⁾。なお、犯人蔵匿罪における「罰金以上の刑に該る罪」(一〇三条)など)。だが、日本の利益のみを保護しようとする刑罰法規においても、その種の法的規範的要素ばかりが含まれているわけではない。したがって、国家的法益に対する罪に関する法的規範的要素についても、つねに外国法の適用が

排斥されるとは限らないであろう。たとえば、犯人蔵匿罪や証憑湮滅罪に関しても、親族間犯罪の特例（一〇五条）にいう「親族」については、外国法適用を考慮する余地がある。⁽¹¹⁾ 人情を考慮したというその立法趣旨からみて、日本民法による親族関係のみが問題とされているとは考えられないからである。⁽¹²⁾

結局、やはり、当の法的規範的要素が日本法的な法律関係のみを念頭においているかどうかを、各論的な解釈の問題として個別的に判断していくほかならう。

(3) ただし、第一次的には日本法が適用される法的規範的要素についても、そこで適用される日本法上の法的規範的要素に関連して外国法の適用が問題となりうる場合がある（いわば「間接適用」の場合）。⁽¹⁴⁾

たとえば、刑法四二条二項にいう「告訴権を有する者」への該当性は、第一次的にはわが刑事訴訟法（二三〇条以下）に照らして判断されよう。⁽¹⁵⁾ だが、その刑事訴訟法中に規定されている「法定代理人」（二三一条一項など）「配偶者」（二三一条二項など）などといった法的規範的要素に関しては、外国民法を適用して判断される余地がある。⁽¹⁶⁾ そうすると、刑法上の法的規範的要素に関しても、間接的に外国法が適用されうることになるのである。

なお、適用法たる刑法規範における要素にも、同様の例がある。

たとえば、刑法一条二項にいう「日本船舶」への該当性は、わが船舶法（一条）に照らして判断されるものと解される。⁽¹⁷⁾ だが、その船舶法に定められている「所有」という法的規範的要素については、外国民法の適用を認める余地がある。⁽¹⁸⁾ また、刑法三条にいう「日本国民」についても、それへの該当性は、わが国籍法に照らして判断されよう。⁽¹⁹⁾ だが、その国籍法における「父」（二条など）、「婚姻」（三条）、「認知」（三条）などの法的規範的要素については、外国民法によってその存否などが判断される余地がある。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

(4) ところで、すでに述べたように、該当性判定型の外国法適用が問題となりうるのは、刑法が私法などに依拠し

ていると認められる場合である。つまり、法的規範的要素についていえば、刑法が、私法などの法律概念ないし法律関係といったものを、変更を加えることなくそのまま受け入れていると解される場合に限られるわけである。⁽¹²³⁾

したがって、もとは私法などに由来する法律概念であっても、わが刑法がこれに修正を加え、独自の内容を与えているものを基礎とする規範的要素については、外国法の適用は問題となりえない。⁽¹²⁴⁾「占有」(刑法二四二条、二五二条一項、二五四条など)という要素が、その好例である。⁽¹²⁵⁾刑法における占有とは、物に対する事実的支配をいい、私法上の占有概念と異なりいっそう現実的な概念だと解されているのである。⁽¹²⁶⁾

しかし、刑法的観点が加味されているにしても、他法に基づく法律関係を、一応そのままその基盤としている規範的要素(いわば、他法に相対的に依拠している要素)については、そのかぎりで、外国法の参酌が問題となりうるであろう。⁽¹²⁷⁾たとえば、保護責任者遺棄罪における「保護すべき責任ある者」(二一八条一項)についてみると、たとえば私法上の夫婦の扶助義務や親族関係に基づく扶養義務、親権者の子に対する監護義務などは、そこにいう保護責任の根拠になるものと解されている。⁽¹²⁸⁾そうすると、そうした私法上の保護義務の存否に関しては、外国私法の適用が問題となりうるのである。ただ、むろん、こうした保護義務者が、つねにただちに刑法上の保護責任者となるとは限らない。⁽¹²⁹⁾したがって、ここでは、外国法が適用されるにしても、いわば補助的に参照・参酌されているにすぎないのである(いわば「補助的適用」の場合)。

二 いわゆる白地刑罰法規の場合にも、理論的には、その補充規範として、該当性判定型の外国法適用が問題となりうるであろう。⁽¹³⁰⁾

白地刑罰法規の概念自体必ずしも一義的でないが、⁽¹³¹⁾むろん、ことがらの性質上、その補充規範が同一法令中の他の条項であるようなもの(たとえば道路交通法の罰則)は、ここでは一応問題とならない。同一法令内部だけのことであ

れば、のちに述べる間接適用的な場合を除けば、そもそも外国法への依拠ということは問題となりようがないからである。また、そうではなくとも、白地刑罰法規の補充規範は、解釈上、通例日本法に限られていよう（たとえば、局外中立命令違背罪（刑法九四条）における「局外中立に関する命令」¹³¹）。したがって、一般には、白地刑罰法規との関連では、該当性判定型の外国法適用は問題とならないのが普通である。¹³²

しかし、特殊な場合には、外国法令による補充が明文で定められることもないではない（たとえば、現行法ではないが、占領目的阻害行為処罰令一条の「連合国最高司令官の日本国政府に対する指令」、「連合国占領軍の軍、軍団又は師団の各司令官の発する命令」¹³³）。白地刑罰法規の補充規範は、本質的に外国法令であってはならないというものはないわけである。そうだとすれば、明文がない場合に、解釈上、外国法を補充規範とすることも、理論的には、あながちありえないことではないようにおもわれる。¹³⁴

なお、白地刑罰法規の補充規範が日本法であるときでも、その日本法上の私法的な規範的要素などに関連して、間接適用的な該当性判定型の外国法適用などが問題となりうる。このことは、すでに述べた法的規範的要素の場合におけると同様であろう。白地刑罰法規に関しては、本質的に外国法の適用が排斥されているということでないかぎり、その間に格別区別があるべきいわれはないと考えられるからである。

三 いわゆる開かれた構成要件ないし補充を必要とする構成要件の場合にも、外国法の適用（補助的適用）が問題となりうる。具体的には、過失犯における客観的注意義務、不真正不作为犯における作為義務といったものに関して問題とされよう。¹³⁵

(1) 過失犯における客観的注意義務の具体化にあたっては、周知のように、ほかの法令による行為義務が重要な拠りどころとなることがある。たとえば、道路交通法による行為義務は、通常、同時に、業務上過失致死傷罪（二二一

条前段)における客観的注意義務をも基礎づけていると解される。⁽¹³⁶⁾ 開かれた構成要件が道路交通法の規定により補充されるわけである。そして、この場合、具体的に行爲者に一定の行爲義務を課すのは、その地の道路交通法である。⁽¹³⁷⁾ したがって、わが現行刑法は、国外の過失犯を罰してはいないが、かりに将来、業務上過失致死傷罪の国外犯を罰することにすれば、理論的には、外国の道路交通法の規定によって、開かれた構成要件を補充することが考えられることになる。⁽¹³⁸⁾

ただ、これまた周知のように、他法による一般的な行爲義務は、そのままたちに刑法上の具体的な客観的注意義務の内容となるものではない。時には、形式上前者に違反しても、後者には違反しないこともありうる。⁽¹³⁹⁾ こうして、ここでは、すでに述べた保護責任者遺棄罪における「保護す可き責任ある者」についてと同様、他法に相対的に依拠しているにすぎない。⁽¹⁴⁰⁾ したがって、外国法の適用もそのかぎりでのもの、すなわち補助的適用が問題となりうるにすぎないのである。

(2) 不真正不作為犯における作為義務の具体化にあたっては、他法に対する相対的依拠が認められ、そのかぎりで外国法の補助的適用が問題とされよう。

一般に、この作為義務の具体化にあたっては、犯罪を實現させないようにするいわゆる保証義務 (Garantenpflicht) ないし保証人的地位 (Garantenstellung) が重視されている。⁽¹⁴¹⁾ そして、たとえば不作為による殺人罪をみれば、その保証義務の根拠の一つとして、保護責任者遺棄罪における保護責任の根拠に関して述べたような私法上の保護義務が挙げられている。⁽¹⁴²⁾ したがって、すでに保護責任者遺棄罪のところでも述べたと同様、そういった点につき、外国私法の適用が問題となりえよう。⁽¹⁴³⁾ だが、むしろ、ここでも、そのような私法上の保護義務が、つねに、ただちに不真正不作為犯における作為義務となるものではない。⁽¹⁴⁴⁾ 結局、ここでも、やはり、補助的適用が問題となりうるにすぎ

ないのである。

なお、こうした開かれた構成要件に関して、第一次的には日本法が補助的に参照される場合にも、その日本法上の法的規範的要素など、他法に依拠する要素に関連して、さらに外国法の間接適用が問題となりうる場合がある。だが、このことは、あらためて詳述するまでもなからう。

四 なお、いわゆる法秩序の統一性 (Einheit der Rechtsordnung) の見地から、違法性の有無に関して、外国法の適用が問題とされる。⁽¹⁴⁷⁾

一般に、他の法分野で違法でない行為は、刑法上も原則として違法性を有しないといわれる。⁽¹⁴⁸⁾すると、他の法分野における違法性阻却事由は、通例、刑法上の違法性をも阻却することになる。ところが、他の法分野における違法性阻却事由の存否については、外国法の適用が考えられるのである。⁽¹⁴⁹⁾たとえば、かりに、日本人が外国において強盗犯人を殺害したとしよう。⁽¹⁵⁰⁾すると、これが民事上違法な不法行為かどうか、民事上の正当防衛にあたらないかどうかは、その行為がなされた外国の法によって判断されることになるのである (法例一条)。⁽¹⁵¹⁾

ただ、むしろ、他の法分野では違法な行為であっても、必ずしも刑法上も可罰的違法であるとは限らない⁽¹⁵²⁾ (いわゆる違法の相対性)。したがって、ここでも、補助的な形で外国法適用が問題となるにすぎないと考えてよからう。

なお、こうした形態の外国法適用が認められると、事実上、刑法管轄権型のところでみた可罰性考慮主義 (双方可罰の原則) が採用されたのと近似した結果になりうることに注意する必要がある。たとえば、右の例で、その地では民事上も正当防衛にあたるとすると、その刑法上の可罰性の不存在が考慮されなくても、結局、わが刑法上も、当の行為には可罰的違法性がないことになるのである。⁽¹⁵³⁾

〔注〕

- (87) 平野龍一・刑法総論Ⅰ（一九七二年）四七一四八頁、中義勝・講述犯罪総論（一九八〇年）五頁、中山・注（24）前掲二頁、佐伯千仞・刑法講義（総論）（四訂版・一九八一年）七頁、八二頁、内藤謙・刑法講義総論（上）（一九八三年）五二頁、五五頁、同「法益論の一考察」団藤重光博士古稀祝賀論文集三卷（一九八四年）一頁以下、小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」団藤重光博士古稀祝賀論文集二卷（一九八四年）一頁以下。ただし、なお伊東研祐・法益概念史研究（一九八四年）参照。
- (88) 団藤重光・（同編）注釈刑法（1）（一九六四年）八頁。なお、木村亀二・刑法総論（一九五九年）七二頁、莊子邦雄・刑法総論（一九六九年）一二頁。

- (89) 欧龍雲「刑法二四四条一項の適用に際し、被告人と被害者の国籍が異なる場合における親族の決定」ジュリスト三〇九号（一九六四年）九三頁。Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 637. なお、外国法への依拠が認められる場合には、刑法の独自性および公序の見地からの制約ないし留保が問題となろう（欧・前掲九三頁、Nowakowski, op. cit., S. 636f.; Schönke-Schröder-Eser, op. cit. (Ann. 11), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 24）。

- (90) Cornils, op. cit. (Ann. 11), S. 11, 22-26; Nowakowski, op. cit., S. 633f.; Jescheck, op. cit. (Ann. 4), S. 130; Liebelt, op. cit. (Ann. 11), S. 193. また Kohler, op. cit. (Ann. 8), S. 253; v. Bar, op. cit. (Ann. 79), S. 162; Schönke-Schröder-Eser, loc. cit.

論

- (91) Kohler, op. cit., S. 253; Staubach, op. cit. (Ann. 9), S. 19; Cornils, op. cit., S. 102, 106.
- (92) v. Bar, op. cit. (Ann. 79), S. 163.
- (93) 団藤・注（16）前掲一一一頁、平野・注（87）前掲一六八頁、内藤謙・刑法講義総論（上）（一九八三年）一九八頁、佐伯・注（87）前掲一三五頁、香川・注（23）前掲九六―九七頁、田中久智「規範的構成要件要素の研究」法政研究三一巻五・六号（一九六五年）四二二頁以下、中山研二「規範的構成要件要素の錯誤」Law School 八号（一九七九年）一八頁。
- (94) v. Bar, op. cit. (Ann. 79), S. 162; Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 633; Schönke-Schröder-Eser, op. cit. (Ann. 11), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 23.
- (95) 私法、公法双方による評価が、ともに問題となる要素もないではない。たとえば、刑法三五条の「法令に因り為したる行為」がそうである（たとえば、民法上の親の懲戒権が問題となれば私法的評価、刑法上の現行犯人の逮捕権が問題となれば

公法的評価が必要となる)。

- (96) ここにいう基本的な法的評価がたとえば私法的なものであっても、付加的に公法的評価が関わることももある(たとえば、売買による所有権移転の有無が問題のとき、当の物件が行政法において譲渡禁止の対象とされているような場合)。

- (97) 規範的要素を補充する法は、むしろ慣習法などでも構わない(団藤・注(88)前掲八頁、大野真義・罪刑法定主義(一九八〇年)二七八―二七九頁)。補充規範が外国法となる場合は、判例法でもよからう。

- (98) 団藤重光・(同編)注釈刑法(6)(一九六六年)四四頁。なお同・注(88)前掲八頁参照。なお、周知のように、窃盗罪の保護法益については、本権説と占有説(所持説)の対立があるが(大塚仁・刑法概説(各論)(増補二版・一九八〇年)一五四頁、石堂功卓「窃盗罪における占有説と本権説」ジュリスト増刊・刑法の争点(一九七七年)二〇七頁、林幹人・財産犯の保護法益(一九八四年)一七七頁以下参照)、むしろ本権説に立った場合にはじめて私法的評価が必要となる。

- (99) 前出注(13)参照。

- (100) 所一彦・(団藤重光編)注釈刑法(4)(一九六五年)三二五頁、西本晃章「親族関係と犯罪」現代刑法講座四卷(一九八二年)四一四頁。

- (101) 外国法適用につき、判例(大阪高判昭29・5・4高裁判判特二八―一二五、名古屋高金沢支判昭37・9・6高裁判集一五―七―五二七。また大阪高判昭38・12・24高裁判集一六―九―八四一)があることもあって、通説といってよい(たとえば、高田・注(76)前掲一四七頁、内藤謙・(団藤重光編)注釈刑法(6)(一九六六年)五七九頁、欧・注(89)前掲九三頁、龍岡資久「窃盗犯人が日本人で、被害者が中華民国人である場合と刑法第二四四条第一項の適用の有無」判例タイムズ一八七号(一九六六年)九七頁、八木国之「親族関係と犯罪」刑法講座六卷(一九六四年)一八四頁、大塚・注(12)前掲六四二頁注二、中谷瑾子「斎藤隆「親族間の財産犯罪」判例刑法研究六卷(一九八三年)一七五頁、香川達夫・(団藤重光編)注釈刑法(3)(一九六五年)一三四頁、同・刑法講義「各論」(一九八二年)四二二頁、四八二頁注一、西本・前掲四一三頁注七)。

- (102) これらの要素についても、刑法的見地からの概念の相対性は、つねに問題とされうる余地がある(団藤・注(88)前掲八頁参照)。なお、後述(4)参照。

- (103) たとえば、外国での強制執行を免れる目的をもって、外国にある財産を日本で他人に仮装譲渡したとする。強制執行免脱罪に関しては、周知のように、債権保護を主眼とするか(最判昭35・6・24刑集一四―八―一一〇三)、国家の作用としての強

制執行の機能を保護することを主眼とするか（団藤・平川・注（13）前掲三七頁、大塚仁・（団藤重光編）注釈刑法（3）（一九六五年）八五頁）につき、争いがある。債権保護は普遍的になさるべきものであるから、前者の立場からは、外国法による強制執行も本条の対象とする方向に傾くことになる。これに反して、後者の立場からは、二次的に考慮されている債権保護にも配慮して、本条が外国の国家行為の保護まで念頭においていると解するか、否かで、結論がわかれることになる。

（104）たとえば、日本人が外国に所在する自己所有の非現住建造物に放火したが、その物件は現地で差押を受けていたとする（刑法三条一号参照）。自己所有物の放火に関する本条の特例は、他人の財産権が絡んでいる場合に、それを保護する趣旨だと解される（大塚・注（76）前掲五六四頁、藤木英雄・（団藤重光編）注釈刑法（3）（一九六五年）一八七頁）。とすれば、外国法による差押も、そうした財産権につらなるものといえようから、国内法による差押と同等に扱われよう。

（105）Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 634; Schönke-Schröder-Eser, op. cit. (Ann. 11), Vorbem. §§3-7 Rn. 24. なら、vgl. Liebelt, op. cit. (Ann. 11), S. 239.

（106）Vgl. Nowakowski, loc. cit.

（107）国際社会の現状では、国家的法益については、各国がそれぞれ他国とは無関係に独自の立場でその保護をはかる必要があるといえる（拙稿・注（38）前掲一五三頁）。

（108）Nowakowski, op. cit. (Ann. 7), S. 637. Vgl. Liebelt, op. cit. (Ann. 11), S. 212.

（109）Nowakowski, op. cit., S. 637f.

（110）逃走罪、特別公務員暴行陵虐罪などにおける「既決、未決の囚人」（九七条、九八条）、「法令に因り拘禁せられたる者」（九九条、一〇〇条一項、一〇一条、一九五条二項）、偽証罪などにおける「法律に依り宣誓したる」（一六九条、一七一条）なども、これに準じて考えることができよう（所一彦・（団藤重光編）注釈刑法（3）（一九六五年）九八頁、香川達夫・（団藤重光編）注釈刑法（4）（一九六五年）三九〇頁参照。なお、団藤重光・同書二四二頁、二四四頁も、特別法がなければ合衆国軍事裁判所における偽証などにも一六九条等の適用があるという趣旨ではあるまい）。

（111）香川・注（101）前掲一三四頁。

（112）香川・前掲一三三頁、大塚・注（76）前掲五二六頁。

（113）なお、犯人蔵匿罪における「罰金以上の刑に該る罪」につき、前出注（86）参照。

- (114) むろん、内外法いずれも適用されうる規範的要素につき、たまたま日本法が適用される場合にも、同様の外国法の間接適用は問題となりうる。たとえば、一〇五条にいう「親族」への該当性を、第一次的にはわが民法（七二五条以下）により判断しても、その民法にいう「配偶者」（七二五条二号など）に該当するかどうかは、さらに外国民法を適用して判断されることになる場合がある（たとえば日本人同士が外国で婚姻を挙行していた場合。法例一三条一項但書参照。また山田・注（10）前掲三四三頁、三四七頁参照）。
- (115) 植松正・（小野清一郎ほか）刑法△ポケット註釈全書Ⅴ（第三版・一九八〇年）一六五頁。
- (116) 佐藤道夫・（青柳文雄ほか）註釈刑事訴訟法二卷（一九七六年）二六二―二六三頁、高田卓爾・（平場安治ほか）注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕（一九八二年）一八二―一八三頁参照。なお大阪高決昭36・2・2家裁月報一三一五―一七〇参照。
- (117) 福田平・（団藤重光編）注釈刑法（1）（一九六四年）一九頁、大塚・注（76）前掲一七頁、拙稿・注（69）前掲八四頁。
- (118) 拙稿・注（4）前掲一二二頁。
- (119) 福田・注（117）前掲二四頁、中野次雄・（小野清一郎ほか）刑法△ポケット註釈全書Ⅴ（第三版・一九八〇年）五三頁、大塚・注（76）前掲一九頁など。
- (120) 江川英文＝山田録一・国籍法（一九七三年）二二頁、澤木・注（10）前掲八〇頁。またA. N. Makarov, Die privatrechtlichen Vorfragen im Staatsangehörigkeitsrecht, ZfRV 3. Jg. 1962, S. 154. なお拙稿・注（69）前掲八七頁注一九参照。
- (121) 同様に、再間接適用、再々間接適用なども考える（たとえば、本文で述べた「日本船舶」に関して、船舶法一条二号にいう「日本臣民」への該当性が問題となり、それにつき国籍法上の私法的規範的要素（私法的先決問題）が絡む場合）。
- (122) 欧・注（89）前掲九三頁、Cornils, op. cit. (Anm. 11), S. 10. 24f.
- (123) Cornils, op. cit., S. 9f. またv. Bar, op. cit. (Anm. 79), S. 163.
- (124) なお、重婚罪（刑法一八四条）における後婚は事実上の婚姻で足りると解すれば（牧野英一・刑法各論上巻（一九五〇年）二九四頁）、そこにいう「婚姻」概念もこうした一例となる。
- (125) 香川達夫「刑法における占有の意義」刑法講座六卷（一九六四年）一七頁以下、石原明「刑法における占有の意義」現代刑法講座四卷（一九八二年）二二七頁以下、とくに二三二頁、団藤・注（98）前掲二六―二七頁など。
- (126) Vgl. Cornils, op. cit. (Anm. 11), S. 12. なお、前出注（102）参照。

- (127) 大塚仁・(団藤重光編) 注釈刑法(5) (再版・一九六八年) 二一六頁、大谷實・刑法講義各論(一九八三年) 八六頁、内田文昭・刑法各論(第二版・一九八四年) 八六頁、日高義博「遺棄罪の問題点」現代刑法講座四卷(一九八二年) 一七〇頁、熊倉武・日本刑法各論上巻(一九七〇年) 二一七頁、中山研一・刑法各論(一九八四年) 九〇頁。
- (128) 植松・注(115) 前掲四九三頁、大塚・前掲二一六頁、大谷・前掲八六頁、日高・前掲一七〇頁、熊倉・前掲二一七頁。
- (129) *Cornils*, op. cit. (Anm. 11), S. 11, 19f.
- (130) 大塚仁「白地刑法」木村亀二編・体系刑法事典(一九六六年) 六七—六八頁。
- (131) 中野・注(119) 前掲二二九頁、団藤・注(13) 前掲一一五頁、大塚・注(98) 前掲五三七頁。また、小暮得雄・(団藤重光編) 注釈刑法(3) (一九六五年) 三九頁参照。
- (132) *Tröndle*, LK 10. Aufl., 1. Lief., 1978, § 2 Rn. 7.
- (133) こうしたのも、占領軍軍事裁判所の裁判が「外国裁判」(またはそれに準ずるもの)として扱われる(拙稿・注(23) 前掲一五二頁注四一参照)のと同じく、「外国法令」(またはそれに準ずるもの)として扱ってよからう。なお、vgl. *Staubach*, op. cit. (Anm. 9), S. 18f.
- (134) たとえば、人の生命・身体などを保護するため、放射性物質の使用制限に関する法令に違反してこれを使用することを罰する旨の規定を設け、その国外犯をも罰することにすれば、その使用形態を定める外国の法令も補充規範となりうるようにおもわれる。なお、vgl. *Cornils*, op. cit. (Anm. 11), S. 20.
- (135) *Cornils*, op. cit., S. 12, 26-38; *Oehler*, op. cit. (Anm. 57), S. 391; *Jescheck*, op. cit. (Anm. 4), S. 130; *Nowakowski*, op. cit. (Anm. 7), S. 633.
- (136) 福田平・(団藤重光編) 注釈刑法(2)のⅡ(一九六九年) 三八一頁、大塚・注(85) 前掲一六二頁。
- (137) *Makarov*, op. cit. (Anm. 27), S. 268; *Nowakowski*, op. cit. (Anm. 7), S. 635.
- (138) *Nowakowski*, op. cit., S. 635f.; *Liebert*, op. cit. (Anm. 11), S. 67 Anm. 198 (S. 68); *Schönke-Schröder-Eser*, op. cit. (Anm. 11), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 24; *Tröndle*, op. cit. (Anm. 132), Vor § 3 Rn. 38-40, insbe. Anm. 94; *Oehler*, op. cit. (Anm. 57), S. 487f. なお、道路交通犯罪の処罰に関するヨーロッパ条約につき、森下・注(72) 前掲一六九頁以下参照。

- (139) 福田・注(136)前掲三八一—三八二頁、大塚・注(58)前掲一六二頁。
- (140) *Cornils*, op. cit. (Ann. 11), S. 29-31.
- (141) 不作為が犯罪となるのは、周知のように、一定の法律上の作為義務に違反している点に求められるが、真正不作為犯の作為義務は、当該刑罰法規自体の直接予定するところである(たとえば刑法一〇七条。なお大塚・注(85)前掲一二七頁参照)。したがって、そこに法的評価を要する規範的構成要件要素が含まれている場合(たとえば、すでに述べた保護責任者遺棄罪における「保護すべき責任ある者」)を除けば、通例は、外国法適用の問題は生じないといえる(なお、西原春夫・刑法総論(一九七七年)二六一頁参照)。
- (142) これらの体系的位置に関する議論については、大塚仁・犯罪論の基本問題(一九八二年)一〇〇—一〇一頁、二六六—二六八頁、福田平「不真正不作為犯における保証者の義務の錯誤」(団藤重光博士古稀祝賀論文集一卷(一九八三年)一四五頁以下、日高義博・不真正不作為犯の理論(一九七九年)二〇八頁以下参照)。
- (143) たとえば、団藤・注(16)前掲一三二—一三三頁、大塚・注(85)前掲一二七頁、内藤謙・(団藤重光編)注釈刑法(2)のI(一九六八年)三二—三五頁、平野・注(87)前掲一五二頁、中山・注(24)前掲二四九頁、大沼邦弘「不真正不作為犯における保障人説」ジュリスト増刊・刑法の争点(一九七七年)三三頁。
- (144) 大塚・前掲一二七頁、内藤・前掲三六頁、西原・注(141)前掲二六三頁、日高・注(127)前掲一七〇頁。反対、堀内捷三・不作為犯論(一九七八年)二五四—二五五頁、二六一—二六二頁。
- (145) *Cornils*, op. cit. (Ann. 11), S. 38; *Jescheck*, op. cit. (Ann. 4), S. 130.
- (146) 内藤・注(143)前掲三六頁、平野・注(87)前掲一五二頁、西原・注(141)前掲二六三頁。
- (147) *Nowakowski*, op. cit. (Ann. 7), S. 633, 636; *Cornils*, op. cit. (Ann. 11), S. 12, 38-43.
- (148) 団藤・注(16)前掲一七五頁、平野・注(25)前掲二一八頁、福田平・(団藤重光編)注釈刑法(2)のI(一九六八年)八九頁、大塚・注(85)前掲二二五頁、佐伯・注(87)前掲一七六頁、*Nowakowski*, op. cit., S. 636f. なお、木村・注(88)前掲七二頁。反対、莊子・注(88)前掲一二頁、同・刑法総論〔新版〕(一九八一年)二〇二頁。
- (149) *Nowakowski*, loc. cit.; *Cornils*, op. cit. (Ann. 11), S. 40-43; *Oehler*, op. cit. (Ann. 57), S. 391; *Jescheck*, op. cit. (Ann. 4), S. 130. ただし、折茂豊・涉外不法行為法論(一九七六年)六四頁は、涉外事件においては、民法上は違法でな

くても刑法上は違法であつてよい、とする趣旨か。Nowakowski, op. cit., S. 638 は、自国民による国外犯につき、ナシヨナリズムを背景に忠誠関係説の立場（前出注（72）参照）から処罰を考えると、そうした結論にも至りうることを示唆する。な
 ぜ vgl. Neumeyer, op. cit. (Ann. 79), S. 438, 443f., 447.

(150) 刑法三条六号、一九九条参照。

(151) 江川・注（48）前掲二三五頁、山田・注（10）前掲三一四頁。

(152) 団藤・注（16）前掲一七六頁、平野・注（25）前掲二一七—二一九頁、福田・注（148）前掲八九頁、佐伯・注（87）前掲一七六—一七七頁、大塚・注（85）前掲二三五頁、中山・注（24）前掲二頁、二二三頁。

(153) 深山健男「国際犯罪捜査の現状と課題」警察研究五〇巻八号（一九七九年）四六頁は、現地で正当防衛として無罪とされた行為が、わが国であらためて起訴されて有罪となった事件を報告しているが、当の行為が、現地で民法上も正当防衛となるものであつたかどうかは、不明である。

五 おわりに

これまで、刑法において、おおよそどのような場合に、いかなる形で外国法の適用が問題となりうるかについて、主要な例を刑法管轄権型と該当性判定型とに分けて概観してきた。

しかし、こういった問題は、すでに述べたように、従来研究の積み重ねが手薄な領域であつて、それをめぐつてはまだ未解明の部分が多い。基本的なことがらでも、たとえば外国法に依拠する根拠と依拠の範囲ないし形態との関係、外国法に依拠した場合に生ずる諸問題（国家主権との関係、罪刑法定主義との関係、外国法の証明の問題など）など、みなそうである。とりわけ該当性判定型の外国法適用については、外国法によるものとすれば、それはいずれの国の法か、それをいかにして決定するのか、などといったことがらも、まだ実に不透明で、確たる議論があるわけではない。いわんや、細部にわたる論及などはないに等しい。本稿でも、それらの点にほとんど言及することはでき

なかった。

私は、今日の国際交流の状況を踏まえて、憲法の国際協調主義や人権尊重主義の精神から推せば、涉外事犯の処罰にあたっては、普遍人類的な見地に立って、事案の実態に見合う処罰を実現するために、できるだけしかも多様な形態で外国法の適用がなされるべきではないかと考えている。⁽¹⁵⁴⁾ 外国法に依拠した場合に生ずる、ままた厄介な諸問題も、今日では、理論的・実的に克服できなくなろう。ただ、その詳細に関する考察は、あけて今後の課題とするほかはない。

高田源清教授のご業績の顕著な特徴の一つは、新分野の開拓である。⁽¹⁵⁵⁾ 教授のご退職にあたり、いまだ十分には開拓されていない分野に、誤謬をおそれつつ、微力ながらも挑む本稿を捧げて、さらに考察を深めることをお誓い申し上げる次第である。

〔注〕

(154) 拙稿・注(4)前掲一二頁。

(155) 本誌巻頭に所収の御業績一覧参照。